verbot zu umgehen, die Vindikation unterläßt, er in fraudem legis handelt, da auch hier wieder zwar der Buchstabe des Gesetzes gewahrt wird, während der Sache nach gerade das gethan wird, was das Gesetz verbietet, insofern der Ehegatte durch den Gebrauch der Vindikation es in der Hand hat, dem drohenden Verlust bez. der eintretenden Bereicherung zuvorzukommen.

Wir schließen hiermit die Untersuchung über die Frage, ob die Veräußerung eine Mitwirkung des Willens unbedingt erfordere und ob derselbe auch dann vorhanden sei, wenn zwar der Erwerb an und für sich die Concurrenz eines Willens nicht erfordere, aber doch im concreten Falle dieselbe stattfindet; wir haben gefunden, daß hiedurch keine Veräußerung im technischen Sinne geschaffen werde, daß hingegen der hinzutretende Wille unter Umständen eine Klage auf Herausgabe des unter der Connivenz des Verlierenden vor sich gehenden Erwerbs erzeugt; wir haben ferner gesehen, daß, weil keine wahre Veräußerung, auch keine wahre Schenkung existire und konsequenter Weise müssen wir auch in Abrede ziehen, daß die besondern Grundsätze, die bei den Schenkungen gelten, bei ihnen Anwendung finden können, so daß wir uns im Resultat im vollständigen Einverständniß mit dem befinden, was C. G. Wächter in seinem würt. Privatrecht II. S. 641 namentlich in der Anmerkung über diese Frage sagt.

IX.

Der Fortschritt und Sieg der freieren Beweiswürdigung im badischen Civilprozeß.

Von

Herrn Ed. Brauer,
Hofgerichtsrath in Bruchsal.

Daß auch im bürgerlichen Prozeß eine freiere Beweiswürdigung eintreten muß und eintreten wird, erscheint uns im Ganzen genommen, abgesehen von der Frage über das Maß

der Freiheit, vom wissenschaftlichen wie vom praktischen Standpunkt als eine ausgemachte Sache, so manche ängstliche Bedenken auch noch da und dort (auch hier öfter von Seiten, woher man sie am wenigsten erwarten sollte) dagegen erhoben werden.

Schon in Band 44 S. 56—61 dieses Archivs, sowie auch an andern Orten [1]) haben wir uns bemüht, den Nachweis zu liefern, daß und in welchem Maße der Gang des Fortschritts in der Gesetzgebung, die zwingende logische Nothwendigkeit eines gewissen Einklangs mit dem Hauptgrundsatz des Beweises im Strafverfahren, das Bedürfniß des Lebens und die Lehre der Erfahrung entschieden zu dem System einer freieren Beweiswürdigung im bürgerlichen Verfahren hinführen und wir sind seither in unserer Ueberzeugung nicht im mindesten wankend geworden. Hiezu haben wir auch weder in seitherigen Vorgängen der Gesetzgebung, noch in den Einwürfen der Anhänger des alten Systems Anlaß und Grund gefunden. [2]) Wir unterlassen es, die verschiedenen, oft erörterten Einwürfe, die zum Theil auf ganz entgegengesetzten Anschauungen beruhen, hier nochmals zur Erörterung zu bringen.

Auffallend könnte es immer scheinen, daß einerseits im Kreise der Anwälte, andrerseits aus den Reihen solcher Männer, die sonst überall die freieste Gestaltung des Staats- und Rechtslebens fordern, eine vorherrschende Abneigung vor freierer Beweiswürdigung mitunter sich kund gab. [3]) Indeß

---

1) Gutachten für den deutschen Juristentag, Verhandl. des zweiten d. Juristentags, Bd. 1, S. 104 ff., ferner deutsche Gerichtszeitung (Organ des d. Juristentags) Jahrg. 4, Nr. 36.

2) Auf dem dritten deutschen Juristentage erklärte sich die vierte Abtheilung im Ganzen für den Grundsatz der Beweisprüfung nach freier Ueberzeugung; in der Plenarsitzung war das Ergebniß der Abstimmung zweifelhaft, was zur nochmaligen Verweisung der Frage an die Deputation führte. Verhandlungen, Bd. 2, S. 100 ff. 124. Hiermit ist zu vergleichen Bd. 1, S. 121, 128; desgleichen Band 1 der Verhandlungen des zweiten Juristentags, S. 109, Bd. 2 S. 527. S. 621 ff.

3) Dieß zeigte sich u. A. bei der Versammlung badischer Anwälte im Jahr 1862 (in der Stadt Baden), soweit man aus bezüglichen Berichten ersehen konnte, ferner zum Theil auch bei den Verhandlungen des zweiten und dritten Juristentags.

erklärt sich wohl diese Erscheinung in *ersterer* Richtung dadurch, daß die Anwälte mit Hilfe feststehender Beweisregeln bisher schon bei Uebernahme eines Prozesses aus der Zahl und Beschaffenheit der Beweismittel den Erfolg des Rechtstreites *leichter* mit einiger Sicherheit vorhersehen konnten und diesen Vorzug, zumal bei langjähriger Gewöhnung an denselben, begreiflicher Weise nur ungern aufgeben mögen; in *zweiter* Richtung aber erklärt sie sich, wenn wir nicht irren, wenigstens zum Theil dadurch, daß das in der (nicht guten) alten Zeit allzu sehr geförderte Mißtrauen gegen die Staatsrichter bei der allerdings noch nicht überall genügend sicher gestellten äußern Unabhängigkeit der Richter noch immer nicht ganz erloschen ist.[4] Weder der erste, noch der zweite Gesichtspunkt kann jedoch die Versagung einer vernünftigen und billigen Freiheit in der richterlichen Beweiswürdigung in Wahrheit rechtfertigen. An die freiere Bewegung bei der Beweisprüfung, die freilich auch eine größere Kraftanstrengung, besonders im Anfang, allerseits erfordern wird, werden sich die Anwälte wie die Richter bald gewöhnen und eine freie, gesunde Rechtsübung wird sie hiebei wesentlich unterstützen, die Sicherstellung der richterlichen Unabhängigkeit aber, wo und soweit sie noch fehlt, muß als wesentliche Voraussetzung in einer zeitgemäßen und gesicherten Rechtspflege jedenfalls *in erster Reihe* gefordert und erwirkt werden.

Gegen das *Uebermaß* im Ueberbordwerfen der als Anhalts- und Richtpunkte der richterlichen Ueberzeugung dienenden Beweisvorschriften haben wir uns von Anfang an verwahrt, und wir finden es nicht nur vollkommen zuläßig, sondern im Uebergang zu dem neuen Systeme sogar sehr zweckmäßig, daß in dieser Hinsicht, vorzüglich in Bezug auf den *urkundlichen*

---

4) Hievon gibt der vielfach geltend gemachte Einwurf, daß sich die freie Beweiswürdigung nur für *Geschworene*, nicht für *Staatsrichter* eigene, selbst Zeugniß, ein Entwurf der durch die *Erfahtung* bereits widerlegt ist, und, abgesehen von jenem fortwirkenden Mißtrauen, jedes haltbaren Grundes entbehrt. Uebrigens würden wir den Beizug von *Geschworenen* bei *einzelnen* bürgerlichen Streitsachen *besonderer Art* (z. B. *Schadensersatzansprüchen* u. dgl.) für wohl ausführbar und zweckmäßig erachten. Vergl. *Archiv* a. a. O., Bd. 44, S. 65.

Beweis, der im bürgerlichen Prozeß eine ganz andere Stellung einnimmt, als im Strafverfahren, und stets eine gewisse Bevorzugung und gemessenere Formstrenge beanspruchen wird, manche kaum entbehrliche oder als heilsam bewährte feste Regel noch beibehalten wird, wenn nur der hochwichtige Grundsatz der freieren Beweiswürdigung, der lebendigen innern Ueberzeugung des Richters (unbeschadet der durch die Verhandlungsmaxime und gewisse nothwendige Formvorschriften gesetzten Grenzen) zur Anerkennung und Geltung kommt.[5]) Das richtige Maß hierin zu treffen, scheint nicht so schwer, als es von mancher Seite angenommen wird, wenn man sich nur klar macht, daß es sich hauptsächlich darum handelt, den Richter in Stand zu setzen, auch im bürgerlichen Prozeß nicht blos in formeller Weise, gleichsam wie eine Urtheilsmaschine, sondern auf lebendige innere Ueberzeugung seinen Spruch zu geben.

Von diesen Anschauungen ausgehend können wir den neueren und neuesten Gang der badischen Prozeßgesetzgebung in der in Frage stehenden Richtung nur mit Befriedigung überblicken.

Einen ernsten, freilich nur sehr bescheidenen, Vorschritt in dieser Richtung hatte schon die bad. bürgerliche Prozeßordnung vom Jahr 1831 ungeachtet ihres engen Anschlusses an den gemeinen deutschen Prozeß in gewissem Grade gemacht, indem sie, den Anforderungen einer gereiftern Wissenschaft entsprechend, manche Härten des alten Beweissystems durch freiere Bestimmungen milderte. Dahin gehört z. B. nicht nur die Gestattung einer etwas freieren Würdigung der Ergebnisse der

---

5) Hierauf kann nicht oft genug hingewiesen werden, da in dieser Beziehung immer noch viel Mißverständniß vorzukommen scheint. Es handelt sich nicht um Abwerfung aller Beweisvorschriften und kann sich bei näherer Prüfung der Sache gar nicht darum handeln, wie auch Endemann, der kühnste Vorkämpfer für die freie Beweiswürdigung, selbst nicht verkennt.

Daß eine freiere Beweiswürdigung den Notheid und Haupteid ganz ausschließe, ist eine durchaus ungerechtfertigte Voraussetzung.

Von solchen Mißverständnissen hielt sich auch die Verhandlung des deutschen Juristentags nicht immer ganz frei.

Zeugenaussagen sowie der Gutachten der Sachverständigen,[6] ja selbst des Urkundenbeweises in gewissen besondern Fällen,[7] sondern auch die völlige Beseitigung des lächerlichen Grundsatzes vom s. g. halben Beweise[8] durch freiere Bestimmungen über die Auflage von Notheiden, die Gewährung eines ausgedehnten richterlichen Fragerechts[9] sowie auch noch manche andere Vorschrift zur Förderung des Siegs des materiellen Rechts.

Die abgeänderte Prozeßordnung vom Jahr 1851 brachte in sorgsamer Benützung der gemachten Erfahrungen noch eine oder die andere Bestimmung in gleicher Richtung hinzu wie z. B. ein sehr freies richterliches Ermessen bei Festsetzung von Schadensbeträgen. (§. 595. 948)."[10]

Einen entschiedenen Fortschritt zum System der freieren Beweiswürdigung enthält nun aber der im Februar 1863 den badischen Ständen vorgelegte Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung und Abänderung der bürgerlichen Prozeßordnung, jenes Gesetzes, welches bei der beschlossenen Einführung einer neuen Gerichtsverfassung mit Collegialgerichten erster Instanz die Verwirklichung eines entsprechenden wahrhaft mündlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, ähnlich wie das hannövrische, herbeizuführen bestimmt ist.

Die von der großh. Staatsregierung darin aufgenommenen hieher gehörigen Grundsätze und Vorschriften sind folgende:

1) In Bezug auf den Urkundenbeweis sind die Grundsätze der bisherigen sowie der frühern Prozeßordnung im We-

---

6) Alte Proz.-Ord. §. 512—519 [später §. 471—478] und § 549 [später §. 494]. Die Bezeichnung „andere erhebliche Beweisgründe" in §. 512 [471] gab einer freieren Auffassung Raum.

7) Alte Proz.-Ord. §. 434, 451 [später §. 393, 410].

8) Alte Proz.-Ord. § 634, 635 [später §. 587. 588.] Vergl. übrigens schon ältere Gesetze, insbesondere die Eidesordnung v. 1802 §. 6.

9) Alte Proz.-Ord. §. 338—342 [später §. 297—302.]

10) Hiermit ist das Gesetz von 1845 über die privatrechtlichen Folgen von Verbrechen §. 15 ff. zu vergleichen.

sentlichen festgehalten. Die bekannten Bestimmungen des französischen und badischen bürgerlichen Gesetzbuchs über den Urkunden- und Zeugenbeweis [11]) sind nirgends aufgehoben. (Eine durchgreifende Abänderung in dieser Hinsicht würde eine wesentliche Umgestaltung des Landrechts in Hauptgrundsätzen, welche sich durch das ganze Gesetzbuch hindurch ziehen und mit dem Geiste der französischen Gesetzgebung eng verwachsen scheinen, erfordert haben).

Gleichwohl soll auch im Gebiete des Urkundenbeweises nämlich bei dem Beweis der Aechtheit oder Falschheit von Urkunden durch Schriftvergleichung, der freien innern Ueberzeugung des Richters ein erheblicher Spielraum gewährt werden, denn nach der Bestimmung des §. 441 des Entwurfs ist die Schriftvergleichung künftig von dem Gerichte selbst vorzunehmen und seinem Ermessen anheimgegeben, Sachverständige beizuziehen; das Gericht erklärt sodann auf den Grund dieser Vergleichung und mit Beachtung aller weiteren für und gegen die Aechtheit sprechenden Umstände die Urkunde nach innerer Ueberzeugung für ächt oder für unächt oder macht geeigneten Falls diesen Ausspruch von der Leistung eines Notheides abhängig. Bezüglich der Beurtheilung ausländischer öffentlicher Urkunden im Fall der Beanstandung soll nach §. 433 gleichfalls ein freieres Ermessen des Gerichts statt finden. [12])

11) Art. 1317 ff., 1341 ff. 1353 u. s. w. des Landrechts sowie des Code Napoléon. Hiermit ist jedoch Art. 40 des Einführungsgesetzes zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuch für Baden vom 6. August 1862 zu vergleichen, wonach in Handelssachen unter Kaufleuten der Beweis durch Zeugen in allen Fällen ohne Rücksicht auf Art und Betrag des Streitgegenstandes vor dem Gericht zugelassen werden kann, und in allen Handelssachen die Sätze 1326 und 1328 des Landrechts keine Anwendung finden. (Vergl auch Art. 109 des früheren bad. Handelsrechts, sowie des französischen Handelsgesetzbuchs).

12) Die unbedingte Vorschrift und Proz.-Ord. §. 399 Absatz 1 über Beglaubigung der ausländischen öffentlichen Urkunden durch inländische Behörden zeigte sich in ihrer Anwendung als wenig zweckmäßig.

Hier ist in der bezeichneten bestimmten Richtung dem Systeme der freieren Beweiswürdigung volle Rechnung getragen, der Grundsatz des Urtheils auf innere Ueberzeugung sogar ausdrücklich anerkannt.

Es ist aber hiezu auch noch das später bei Nr. 5 Bemerkte, betreffend die freiere Befugniß des Richters hinsichtlich des Verlangens von Notheiden zu vergleichen.

2) In Bezug auf den Zeugenbeweis sind zwar nicht nur, wie schon bemerkt, die landrechtlichen Vorschriften wegen des Verbotes des Zeugenbeweises,[13]) sondern auch die Vorschriften über die Unzulässigkeit und Verwerflichkeit,[14]) sowie das Ablehnungsrecht[15]) bestimmter Zeugen beibehalten, dagegen sind die festen Bestimmungen über die Verdächtigkeit gewisser Zeugen[16]) und über die Zahl der Zeugen[17]) beseitigt und es tritt dafür (nach dem Regierungsentwurf) gemäß §. 497 der natürliche und vernunftgemäße Grundsatz ein, daß die Würdigung des Ergebnisses der Zeugenaussagen dem Ermessen des Richters anheimgegeben ist, welcher hiebei den Werth derselben mit Berücksichtigung aller Umstände nach freier Ueberzeugung zu bestimmen hat.

3) In Bezug auf den Beweis durch Sachverständigen, wobei schon nach dem bisherigen Recht unter Umständen auch ein Sachverständiger genügte[18]), die Zuziehung von Sachverständigen im Fall des Bedarfs auch von Amtswegen geschehen konnte[19]) und im Fall der Uneinigkeit der Sachverständigen dem Richter ein freieres Ermessen gestattet

---

13) Art. 1341—1348, 1353. Vergl. jedoch Note 11.

14) Proz.- Ordn. §. 466, 467.

15) Proz.-Ordn. §. 470.

16) Proz.-Ordn. §. 468, 469.

17) Proz.-Ordn. 471—479.

18) Proz.-Ord. §. 482 (nach Umständen, namentlich in Sachen unter 50 Gulden.)

19) Proz.-Ord. §. 485. Vergl. Martin, Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses §. 134. Bayer, Vorträge über den gem. ordentlichen Civilprozeß §. 249, 828 ff.

war,[20]) gewährt der Entwurf in §. 513 dem Gericht das unbeschränkte Recht „erforderlichen Falls“ eine Erläuterung oder Vervollständigung des Gutachtens oder auch durch andere Sachverständige ein neues Gutachten zu veranlassen und fügt in §. 514 die inhaltsschwere Bestimmung hinzu. „In keinem Falle ist das Gericht verbunden, seiner Ueberzeugung entgegen, nach der Meinung der Sachverständigen oder der Mehrheit derselben zu urtheilen.“

4) In Bezug auf den Haupteid enthält der §. 556 des Entwurfs im zweiten Absatz die nicht minder bedeutungsvolle Bestimmung, daß das Gericht, wenn das Ergebniß der Beweisführung die zu beschwörenden Thatsachen als durchaus unwahrscheinlich darstellt, nach sorgfältiger Erwägung aller Umstände, besonders in Fällen, wo die Errichtung eines schriftlichen Beweises gebräuchlich ist, die Eideszuschiebung zu verwerfen befugt ist.

5) In Bezug auf den Notheid endlich ist der Vorbehalt des §. 594 wichtig. Hienach wird zwar, wie früher, auf Notheid erkannt, wenn („nach den gesetzlichen Vorschriften über die Beweismittel“) der Beweis weder als völlig geführt, noch als völlig mißlungen erscheint; jedoch hat das Gericht, sofern es durch Erwägung aller weiteren Umstände, die sich für die Wahrheit oder Unwahrheit des Beweissatzes aus den Verhandlungen ergeben, die volle innere Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit des Beweissatzes erlangt hat, auf Grund dieser Ueberzeugung und ohne Notheid das Endurtheil zu erlassen.

Man darf nicht übersehen, daß dieser allgemeine Vorbehalt sich zurückwirkend auch auf den Urkundenbeweis erstreckt, mithin der Letztere in dieser Richtung, namentlich im Falle der Mangelhaftigkeit des Urkundenbeweises, künftig ebenfalls einer wesentlich freieren Würdigung unterliegen soll.

---

20) Proz.-Ordn. §. 494. Im gemeinen deutschen Prozeß herrschte über diesen Fall viel Streit. Vergl. Martin a. a. O §. 218, desgl. Bayer §. 249, S. 825 ff.

In den bisher angeführten Bestimmungen erblicken wir mit Freude eine entschiedene Anerkennung des großen Grundsatzes der freieren Beweiswürdigung, welcher nach unserer stets fest gehaltenen und festzuhaltenden Ueberzeugung keineswegs die Abwerfung aller Beweisvorschriften im bürgerlichen Prozeß, vorzüglich in Betreff des Urkundenbeweises, mit sich bringt.

„Die Bestimmungen dieses Entwurfes — wird in der Begründung desselben hiewegen bemerkt — heben die Beweistheorie für den bürgerlichen Prozeß keineswegs auf, wie es für Strafsachen geschehen ist, sondern sie wollen der richterlichen Ueberzeugung nur einen größern Spielraum sichern, als ihr in der Praxis bisher vergönnt wurde. Der Entwurf will dadurch auf Beseitigung von Urtheilen hinwirken, die der wahren Ueberzeugung des Gerichts widerstreiten." Hieran schließt sich in der Begründung eine weitere Ausführung, daß und warum die gänzliche Abschaffung der Beweisvorschriften für den Civilprozeß nicht zu empfehlen ist, mit sehr treffenden Bemerkungen über den Werth des künstlichen Beweises (Vermuthungsbeweises, auch für bürgerliche Streitsachen,[21]) sowie über den Geist des Landrechts.

Wir können, im Wesentlichen mit den bezüglichen Bemerkungen einverstanden, nur wünschen, daß jener große Grundsatz gegenüber den oft sehr kleinen Bedenken, die dagegen aufgeboten werden, durch Annahme der angeführten Bestimmungen der Gesetzgebung zur Verwirklichung komme und wir erlauben uns nun zu den einzelnen Bestimmungen und bezüglichen Abänderungsvorschlägen Einiges zu bemerken:

Zu 1) Wegen des Urkundenbeweises, dieses unstreitig wichtigsten Beweismittels im bürgerlichen Rechtsstreit, weist die Begründung zum Entwurfe darauf hin, daß das Landrecht (der Code Napoleon) sehr genaue Vorschriften über die Form der Urkunden enthält, so daß bei dem Dasein dieser Voraussetzungen und eines unzweifelhaften Inhalts der Urkunde die

---

21) Verg. die Ausführung von Stabel in den Jahrbüchern des bad. Oberhofgerichts, neue Folge, Bd. 10, S. 436.

richterliche Ueberzeugung mit der juristischen Wahrheit stets zusammentreffen wird, daß aber der Mangel der formellen Voraussetzungen keineswegs die gänzliche Beweislosigkeit der Urkunde zur Folge hat, sondern dem Richter durch die Bestimmungen über den Anfang eines schriftlichen Beweises ein völlig freies Feld für eine Entscheidung nach seiner Ueberzeugung gegeben ist, wie denn auch die französische Praxis (minder ängstlich und gewandter als manche deutschen Gerichte) jene Bestimmungen im Interesse der materiellen Wahrheit trefflich zu benützen weiß.

Wenngleich wir der Unterstellung, daß in obigem Falle die richterliche Ueberzeugung stets mit der juristischen Wahrheit zusamentreffen werde, und daß die Bestimmungen des französischen Rechts über den Anfang eines schriftlichen Beweises dem Richter ein völlig freies Feld für eine Entscheidung nach seiner Ueberzeugnng gewähren, nicht in vollem Maße beizutreten vermögen und unsererseits, abgesehen von der schon erwähnten Rücksicht auf die landrechtliche (französische) Gesetzgebung, eine Verminderung und Vereinfachung der Vorschriften über den Urkundenbeweis vorziehen würden,[22]) so werden doch nach unserm Dafürhalten die vorgeschlagenen Bestimmungen in ihrem Zusammenwirken auch in dieser Richtung dem Gerichte ein nicht geringes Maß von Freiheit bei der Beweiswürdigung sichern.

In jeder Hinsicht gerechtfertigt erscheint uns die Bestimmung wegen der Schriftvergleichung. Der Richter selbst ist, wie die Erfahrung lehrt und seine Berufsübung es mit sich bringt, in vielen Fällen weit befähigter die Aechtheit einer Schrift durch Vergleichung mit andern Schriften zu beurtheilen,

---

22) Nähere Begründung im Bd. 44, S. 58 dieses Archivs und in der deutschen Gerichtszeitung, Jahrg. 4 Nr. 36 S. 150 Satz 6).

Die überaus zahlreichen und vielfältigen, zum Theil auch allzustrengen Vorschriften des Code Napoleon über den Urkundenbeweis würden sich, wie wir glauben, auf eine weit geringere Zahl einfacher und allgemeiner gefaßter, dem richterlichen Ermessen bessern Spielraum gestattender Sätze zurückführen lassen. Eine Umarbeitung des Landrechts im solchem Sinne würden wir übrigens in keinem Falle für rathsam halten.

als minder gebildete, hierin nicht besonders geübte Schullehrer und Schreiber, die bisweilen den Wald vor lauter Bäumen — die Schrift vor lauter Buchstaben — nicht erkennen, so daß der Richter selbst sie erst auf die entscheidenden Punkte aufmerksam machen muß. Die selbst von Freunden einer freieren Beweiswürdigung gerade in dieser Beziehung gehegten Bedenken sind nicht für begründet zu erachten.[23])

Zu 2) Die Beibehaltung der bestimmten Unfähigkeits- und Verwerfungsgründe in Bezug auf Zeugen kann in der Beschränkung, wie die bad. Prozeßordnung vom Jahr 1851 solche aufstellte, zu erheblichern Bedenken, keinen Anlaß geben. Das Nämliche gilt, und in noch höherem Maße, von den Ablehnungsgründen, die sogar im Strafverfahren noch ihre Stelle behaupten.[24])

Mit Recht hat aber der Entwurf, wie wir glauben, die Verdächtigkeitsgründe dem richterlichen Ermessen anheim gegeben. Wie die Commission der zweiten Kammer der Landstände gleichwohl die Beibehaltung einiger festeren Anhaltspunkte für das Ermessen des Richters beantragte, so scheinen zwar die betreffenden drei Zusatzparagraphen (§. 495 a b und c), da die Verdächtigungsgründe nur beispielsweise aufgezählt und hinsichtlich ihres Gewichts ganz dem richterlichen Ermessen anheimgestellt sind, praktisch von geringer Bedeutung, wir würden jedoch dem Entwurf den Vorzug geben, weil das freie richterliche Ermessen schon selbst sicherer hier das Rechte finden wird, während es durch eine blos beispielsweise Aufzählung (die Erfahrung lehrt es) leicht irre gemacht werden kann.

Zu 3) Statt der Bestimmung des §. 514, daß der Richter keinenfalls gehalten sein soll, im Widerspruch mit seiner eignen Ueberzeugung nach der Meinung der Sachverständigen oder deren Mehrheit zu urtheilen,[25]) schlug die genannte Com-

23) Vergl. Busch in Bd. 39, S. 90 des Archivs und dagegen Bd. 44 S. 59.

24) Vergl. bad. Strafprozeßordnung §. 149, 150, 156. Neuer Entwurf §. 128—130.

25) Der Art. 323 des Code de procédure civile enthält im Wesentlichen die gleiche Bestimmung.

mission (entsprechend dem §. 493 Absatz 1 der bisherigen Proz.-Ordn.) vor, daß nur, wenn die Sachverständigen unter sich uneinig sind, der Richter nicht unbedingt der Meinung der Mehrheit beitrete, sondern mit Erwägung der Gründe der Meinungen und des Grades der Vollkommenheit der Kunstkenntnisse entscheiden soll. Dadurch, daß der Richter nach §. 513 „erforderlichen Falls", also ohne beschränkende Bedingung, ein weiteres Gutachten erheben kann, erscheint nach Ansicht der Commission auch im Falle der Einigkeit der Sachverständigen die Freiheit der richterlichen Ueberzeugung genügend gewahrt. In gewissem Grade muß man dieses allerdings auch zugeben; es gibt indeß doch auch Fälle, wo das Gericht auch ohne weitere Gutachtenserhebung wohl in der Lage sein kann, von dem Gutachten abzugehen, z. B. wenn die Begutachtung von Amtswegen bewirkt, die gesuchte bessere Aufklärung aber gar nicht erreicht wurde, oder wenn in einem Nebenpunkt die Unrichtigkeit des Gutachtens auch ohne alle Kunstkenntniß von selbst einleuchtet und ein weiteres kostspieliges Gutachten sehr wohl gespart werden kann u. dgl. Fälle mehr. Die einfache, dem Grundsatz freierer Beweiswürdigung mehr entsprechende Bestimmung des Entwurfes scheint uns daher den Vorzug zu verdienen.[26]) Hiefür spricht auch die ähnliche Vorschrift des §. 441 und die Erwägung, daß die Prüfung des Grades der Vollkommenheit der Kunstkenntnisse der Sachverständigen streng genommen doch auch ein kunstverständiges Urtheil voraussetzt.[27])

Zu 4) Die Vorschrift des §. 556 Absatz 2 des Entwurfes, betreffend die Verwerfung der Eideszuschiebung, schien der Commission eine allzugewagte, der bisherigen Gesetzgebung

---

26) Die Aussprüche der Sachverständigen — sagt Heffter in seinem Systeme des röm. und deutschen Civilprozeßrechts §. 246 mit Recht — sind keine den Richter schlechthin verpflichtenden Urtheile, sondern nur Beweisquellen, die derselbe benutzen muß, insoweit sie eine hinreichende Bürgschaft für die Genauigkeit der darauf angewandten Grundsätze darbieten. Vrgl. §. 245 ebendaselbst.

27) Vrgl. Martin und besonders Bayer a. a. O. (Note 20 oben).

allzusehr widerstreitende Neuerung, sie schlug deren Streichung vor. Jene Vorschrift sollte aber unseres Erachtens nicht gestrichen, vielmehr unterstrichen werden! Sie erscheint uns als eine dem Grundsatz der freieren Beweiswürdigung ganz entsprechende[28]) Ausnahmen von dem Recht der Eideszuschiebung, welche, der wahren Gerechtigkeit förderlich, zugleich eine heilsame Beschränkung der allzu häufigen und ausgedehnten Eideszuschiebungen[29]) und damit auch eine angemessene Vereinfachung der Prozesse gewährt.

Daß diese Vorschrift mit dem Systeme des badischen Landrechts wohl zu vereinigen ist, zeigt die französische Rechtsübung, welche, besondern Umständen Rechnung tragend, eine ähnliche Beschränkung als sich von selbst ergebend angenommen hat.

Vgl. Gilbert (Sirey) code civil annoté, art. 1358 not. 20.

Derselbe bemerkt dort mit Anführungen mehrerer Entscheidungen des Cassationshofes:

„Au reste, et en principe, les juges ne sont pas obligés d'ordonner le serment décisoire que l'une des parties defère à l'autre: la loi leur laisse la libre faculté de rejeter ou d'admettre ce serment, selon les circonstances.“

Hiermit ist Toullier, droit civil, tome 10 nr. 404, 405 und Martin, questions de droit, voc. serment §. 4 zu vergleichen. Freilich wird in Marcadé, droit civil, art.

---

28) Vrgl. Band 38 S. 12 Bd. 39 S. 86 und 410. Bd. 44 S. 61 Note 31 dieses Archivs, auch das unten zu Nr. 5 bemerkte.

29) Daß eine Beschränkung der allzusehr vervielfältigten Eideszuschiebungen sehr wünschenswerth erscheint, wird im Allgemeinen kein erfahrener Rechtskundiger bestreiten. Die oft ertönende Klage über die Zunahme der Meineide verdient ernste Beachtung von Seiten der Gesetzgebung. Ein völlig unbeschränktes Recht der Eideszuschiebung bestand auch bisher nicht, es läßt sich ein solches auch aus allgemeinen Grundsätzen des Rechts und der Billigkeit nicht ableiten, es kann daher eine billige Beschränkung der Befugniß zur Eideszuschiebung durch die Gesetzgebung bei angemessener Bestimmung der Voraussetzungen der Verwerfung des Eides einem gegründeten Bedenken nicht unterliegen.

1358—1360 im Einklang mit Zachariä's Handbuch §. 768 Not. 14 diese Rechtsübung mit Rücksicht auf die bestehenden Gesetzesbestimmungen (Art. 1358 und 1360 und C. N.) nicht ohne Grund getadelt. Es hat sich hier die französische Gerichtsübung, wie öfters, selbst eigenmächtig einen Nothweg gebahnt. Wir glauben aber, daß die Gesetzgebung der Gerichtsübung zu Hülfe kommen sollte.

Für überflüssig (mit Rücksicht auf §. 497, 556, Absatz 1 und 594) möchten wir die fragliche Bestimmung keineswegs betrachten. Sie gehört der ausdrücklichen Anerkennung des wichtigen Grundsatzes und der Vollständigkeit wegen in das Gesetz. Hiefür spricht auch die Annahme des so nahe verwandten §. 594 selbst.

Die Bestimmung des §. 556 Abs. 2 mag Denen, welche bei dem Haupteid eine freiere Beweiswürdigung sich gar nicht vorzustellen vermochten, als Belehrung und im Verein mit dem hiezu Bemerkten als Erwiderung dienen. 30)

Zu 5) Die Bestimmung des §. 594 wegen des Notheides entspricht dem Systeme einer freieren Beweiswürdigung. „Es soll (wie in der Begründung des Entwurfes sehr richtig bemerkt wird) ferner nicht mehr vorkommen, daß man den Notheid ohne alle Beachtung, was dadurch für eine bessere Ueberzeugung des Richters gewonnen wird, in Fällen auferlegt, wo der Notheid nur den allgemeinen Charakter einer Bedingung für den Sieg einer Parthei, nicht aber eines Mittels zur Bekräftigung der richterlichen Ueberzeugung an sich trägt, oder wo gar der Richter sich sagen muß, daß die Leistung des Eides eine Gewissenslosigkeit wäre, und wo er also den Preis des Sieges auf die Gewissenlosigkeit setzen würde.

Von der Commission der zweiten Kammer wurde der wesentliche Inhalt der Bestimmung nicht beanstandet, sondern nur eine andere Fassung vorgeschlagen, wodurch der Ausdruck eines Gegensatzes zwischen der Theorie der Beweisregeln und der innern Ueberzeugung vermieden werden soll. Wir finden hiegegen nichts Wesentliches zu erinnern, ebensowenig wie gegen

30) Vrgl. z. B. deutsche Gerichtszeitung, Jahrg. 3, Nr. 80, S. 321.

den weiter beantragten Zusatz (§. 594 a), die Ausdehnung der Zulässigkeit des Notheides hinsichtlich des Nichtwissens von Thatsachen und fremden Handlungen betreffend. Dieser Zusatz entspricht dem Systeme einer freien Beweiswürdigung, indem er dem Richter in der Auflegung von Notheiden eine noch freiere Bewegung gestattet, die namentlich bei einem nur theilweise oder nicht in hinreichender Stärke erzielten Vermuthungsbeweis, wie z. B. bei dem Beweis des Besitzes, der Verjährung, des Irrthums, der Gefährde u. s. w. sehr wichtig werden kann. Derselbe enthält übrigens nur den ausdrücklichen Ausspruch dessen, was schon die Staatsregierung voraussetzte, die Rechtsübung aber noch nicht überall anerkannte.[31])

Das bisher Angeführte wird genügen, um den Charakter und Werth des für Baden vorgeschlagenen Beweissystems in das Licht zu stellen. Wird dieses System, wie wir wünschen und hoffen, im Wesentlichen von der Gesetzgebung angenommen[32]) und in das Leben gerufen, so liegt darin, wir wiederholen es mit voller Ueberzeugung, ein erfreulicher Fortschritt und Sieg der freieren Beweiswürdigung im badischen Civilprozeß.

Möge dieses vernunftgemäße System auch in anderen deutschen Staaten mehr und mehr Eingang und einst, in einer gemeinsamen deutschen Prozeßgesetzgebung, in nicht zu ferner Zeit, so Gott will, Ergänzung und Abschluß finden.

---

31) Vrgl. die Begründung der Regierung zu Tit. 25 des Entwurfs am Schluße. Jahrbücher des bad. Oberhofgerichts, neue Folge, Band 13, S. 387. Annalen der bad. Gerichte, Jahrg. 22, S. 119.

Hierzu Gilbert, code civil annoté, art. 1366 sqq. not. 10, 10 bis.

32) Die zweite Kammer nahm seither alle obigen Bestimmungen nach den Commissionsanträgen ohne Discussion an, was hier noch bemerkt werden kann. (Vergl. Karlsr. Zeitung vom 13. Mai d. J.)